Der Handelsmäkler.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Fritz Fuss,
Referendar in Dresden.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Burgstädt
Buchdruckerei Reinh. Schmidt
1909.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1 I. Einleitung 1
§ 2. II. Begriff des Handelsmäklers 4
III. Der Mäklervertrag.
§ 3. 1.) Rechtliche Natur des Mäklervertrages. 9
§ 4. 2.) Form und Abschluß des Mäklervertrages 13
§ 5. 3.) Rechtliche Folgen des Mäklervertrages. 15
§ 6. 4.) Beendigung des Mäklervertrages 17
IV. Pflichten des Handelsmäklers.
§ 7. 1.) Allgemeines 20
2.) Öffentlichrechtliche Pflichten.
§ 8. a) Pflichten des Handelsmäklers als Kaufmann . 22
§ 9. b) Tagebuch 23
3.) Privatrechtliche Pflichten.
§ 10. a) Verpflichtung zur Sorgfalt 26
§ 11. b) Aufbewahrung der Probe 29
§ 12. c) Schlußnote 31
§ 13. d) Schlußnote an Aufgabe 35
V. Rechte des Handelsmäklers.
§ 14. 1.) Mäklerlohn 38
§ 15. 2.) Auslagen 43
§ 16. VI. Der Krämermäkler 44

Literaturverzeichnis.

Bolze. Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

„ Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

„ „ Handelsgesetzbuch. 1896.

Dernburg. Das bürgerliche Recht. 1. und 2. Aufl. Halle 1899.

Düringer-Hachenburg. Das Handelsgesetzbuch. Mannheim 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

„ „ Reichsoberhandelsgerichts.

Goldmann. Kommentar des Handelsgesetzbuchs. Berlin 1901.

Goldschmidt. Handbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Erlangen 1864.

„ Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 3, 8, 28, 34.

Jakusiel. Das Recht der Agenten und Mäkler. Bd. 2. Berlin 1902.

Laband. Die Lehre vom Mäklervertrage. In der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 20. Tübingen 1861.

Lehmann-Ring. Kommentar des Handelsgesetzbuchs. Berlin 1899.

Makower. Kommentar des Handelsgesetzbuchs. 12. Aufl. Berlin 1901.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1888.

Planck. Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1897.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig 1901.

Riesenfeld. Der Zivilmäkler. Bei Gruchot. Bd. 36, 37. Berlin 1892. 1893.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Staub. Kommentar des Handelsgesetzbuchs. 8. Aufl. Berlin 1906.

Staudinger. Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. München 1901.

I.
Einleitung.

§ 1.

Bei dem ungeheuren Umfang, den heute der Handelsverkehr besitzt, ohne doch an den Grenzen seiner Ausdehnung und Entwicklungsfähigkeit angekommen zu sein, ist es zur Unmöglichkeit geworden, daß ein Jeder für den Absatz seiner Waren und Produkte selbst sorgt.

Diesem Übelstande treten nun die Vermittler nicht nur als förderliche, sondern sogar als notwendige Stützen des Handelsverkehrs entgegen, indem sie teils, wie die Handlungsagenten, in einem dauernden Vertragsverhältnis stehend für das Handelsgewerbe eines Andern tätig sind, eils wie die Mäkler, bei denen wir Zivil- und Handelsmäkler unterscheiden, ihr Gewerbe selbständig ausüben und für einen Jeden, von dem sie einen Auftrag erhalten, tätig werden.

Die Vorteile, die die Verwendung des Vermittlers mit sich bringt, sind sehr verschiedenartig. Der Vermittler ist infolge der in seinem Fache erworbenen Sachkenntnis in der Lage, dem Auftraggeber guten Rat zu erteilen; die Parteien sind in der Lage, ein vorzeitiges Bekanntwerden ihrer Person und ihrer Handelsoperationen zu verhindern; die Geschäfte können schneller abgeschlossen werden usw.

Im Folgenden wollen wir nun den Handelsmäkler zum Gegenstande unserer Betrachtung machen.

Das im Handelsgesetzbuch gebrauchte Wort „Mäkler“ stammt von dem niederdeutschen „maken“, was „zustandebringen“ bedeutet. Im alten Handelsgesetzbuch findet sich der Ausdruck „Sensal“, Goldschmidt, Bd. 28, S. 115 ff,

leitet es von dem arabischen „simsâr“ ab, was ebenfalls Mäkler bedeute; dies Wort sei im Mittelalter aus dem Orient nach Italien gebracht worden. Nach Laband S. 18 ff rührt das Wort von dem römischen „censualis“, einem Beamten, dem die Einziehung der Steuern oblag, her.

Die Einrichtung der Mäkler blickt auf eine lange Entwickelung zurück. So finden wir bereits in den griechischen Städten mit regerem Handelsverkehre unter dem Namen *ἑρμηνεύς, πρωπώλης,* bei den Römern unter dem Namen proxeneta die berufsmäßige Mittelsperson im Handel. Der proxeneta ist privater Gewerbetreibender. Seinen Anspruch auf den Mäklerlohn, proxeneticum, hat das römische Recht als klagbare Verbindlichkeit nicht anerkannt. Will er ihn gerichtlich geltend machen, so steht ihm nicht die actio zu, sondern er ist gezwungen, sich des Verfahrens extra ordinem zu bedienen. Obwohl er nicht nur vermögensrechtliche Geschäfte vermittelte, kennt das römische Recht keine besonderen Rechtssätze für das Mäklergewerbe. Von ihm handelt der „de proxeneticis“ überschriebene Digestentitel: D. 50, 14.

In einem guten Rufe standen die Mäkler bei den Römern nicht; ihr Ansehen war aber auch in den folgenden Jahrhunderten sehr gering, da sich allerhand unlautere Elemente zu diesem Gewerbe drängten, die selbst in ihrem Berufe nicht mehr vorwärts kamen, daher auch das Sprichwort: „ein verdorbener Kaufmann ist ein guter Mäkler“.

Dieser Zustand wurde bei der stetig fortschreitenden Entwickelung des Handels unhaltbar und das Verlangen nach Sicherheit drängte dahin, die Befugnis zum Vermitteln von einer Anstellung abhängig zu machen. Und so kam es, daß, statt wie es bisher der Fall gewesen war, wo das Mäklergewerbe Jedem offen stand, jetzt nur eine beschränkte Anzahl von Personen amtlich bestellt wurde, und zwar meist durch die kaufmännischen Kollegien. Im Laufe der Zeit erfolgte die Bestellung dann nicht mehr,

wie ursprünglich, von der Kaufmannschaft allein, sondern auch durch den Magistrat, die Landesregierung, und schließlich auch, wo solche bestanden, durch die Mäklerinnungen.

Doch neben diesen amtlich bestellten Mäklern, denen mit Rücksicht auf ihre größere Verantwortung als Beamte weitgehende Rechte und Privilegien eingeräumt wurden, bestanden die Privatmäkler weiter fort; sie hatten jedoch einen schweren Stand und wurden in der Ausübung ihres Gewerbes durch die Rechtsordnung sehr eingeschränkt.

Das alte Handelsgesetzbuch behielt die amtlich bestellten Mäkler unter dem Namen Handelsmäkler (Sensalen) bei und gewährte ihnen auch gewisse Vorrechte, die sich aus ihrer Stellung als Beamte ergeben, z. B. hinsichtlich des Beweises, läßt aber daneben die Privatmäkler bestehen, hinsichtlich deren lediglich Art. 272 bestimmte, daß Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen gewerbsmäßig betrieben, Handelsgeschäfte seien. Im Übrigen blieben für die Rechtsverhältnisse der Privatmäkler die bisherigen partikularrechtlichen Vorschriften bestimmend.

Art. 84 behielt allerdings dem Landesrecht noch vor, den amtlichen Handelsmäklern das ausschließliche Recht zur Vermittelung von Handelsgeschäften einzuräumen. Dieses Vorrecht der Handelsmäkler aber wurde mit der Einführung der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 beseitigt. Nachdem dann das Börsengesetz vom 22. Juni 1896, mit Gesetzeskraft vom 1. Jan. 1897, für das Gebiet des Börsenhandels, also gerade für das wichtigste Gebiet, die amtlichen Handelsmäkler abgeschafft hatte, ging das am 10. Mai 1897 publizierte neue Handelsgesetzbuch noch weiter, indem es das Institut der amtlichen Handelsmäkler ganz beseitigte. Im Sinne des neuen Handelsgesetzbuches sind die Handelsmäkler die bisher als Privatmäkler bezeichneten Personen. Doch es hat die öffentliche Bestel-

lung von Handelsmäklern zur Wahrnehmung von Verrichtungen, die nicht in der Vermittelung von Geschäften bestehen, zugelassen; denn sowohl das Handelsgesetzbuch[1]) wie das bürgerliche Gesetzbuch[2]) erklären zur Vornahme gewisser Käufe oder Verkäufe nur „einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Mäkler" für befugt, doch ändert sich durch diese öffentlichrechtliche Tätigkeit nicht die Rechtsstellung der Handelsmäkler. Ihre vermittelnde Tätigkeit behält ihren privaten Charakter. Sie sind nach den Bestimmungen der gewöhnlichen Handelsmäkler zu beurteilen. Sie sind insbesondere wie diese kraft ihres Gewerbes Kaufleute und haben deren Pflichten und Rechte.

II.

Begriff des Handelsmäklers.

§ 2.

Das Gesetz selbst gibt uns die Definition des Handelsmäklers, seine gesetzlichen Merkmale scharf abgrenzend vom Zivilmäkler und Handlungsagenten.

§ 93 lautet: „Wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt, hat die Rechte und Pflichten eines Handelsmäklers."

Die Übernahme der Vermittelung muß also gewerbsmäßig erfolgen. Den Begriff der Gewerbsmäßigkeit setzt das Handelsgesetzbuch voraus. Die Gewerbsmäßigkeit erfordert, daß die Absicht einer Person nicht auf den Abschluß einzelner Geschäfte, sondern von vornherein ein-

[1]) §§ 373, 376, 379, 389, 391, 437.
[2]) §§ 385, 457, 458, 1221, 1235.

heitlich auf einen ganzen Kreis von Geschäften in fortgesetzter gleichartiger Tätigkeit gerichtet ist. Ferner muß die prinzipale Absicht dahin gehen, aus dieser Tätigkeit eine dauernde Einnahmequelle zu machen. Ebenso bestimmt eine Entscheidung des ROHG, Bd. 14, Nr. 41, S. 117, 118, daß ein Betrieb gewerbsmäßig nur als dauernde Einnahmequelle sein könne. Der Handelsmäkler verfolgt lediglich das Interesse, aus dieser seiner Vermittlertätigkeit selbst dauernden Gewinn zu ziehen.[1]) Daß er aus jeder Vermittlertätigkeit Gewinn ziehen will, ist gar nicht erforderlich; lediglich die den ganzen Betrieb beherrschende Tendenz der Gewinnabsicht ist maßgebend. Er kann sehr wohl auch eine einzelne Vermittelung einmal unentgeltlich ausführen.

Das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit unterscheidet den Handelsmäkler wesentlich von dem nach bürgerlichem Rechte zu beurteilenden Zivilmäkler, bei dem diese keine notwendige Voraussetzung seines Betriebes ist. Zum Zivilmäkler gehören also die Gefälligkeits- und Gelegenheitsmäkler; erstere vermitteln nur aus Gefälligkeit, ohne Gewinnabsicht ein Geschäft; letztere vermitteln gelegentlich, zwar um Etwas zu gewinnen, aber nicht in der Absicht, sich daraus eine dauernde Einnahmequelle zu schaffen. Mag der Vermittelungsauftrag auch einen Gegenstand des Handelsverkehrs betreffen, so bleibt der Mäkler doch Zivilmäkler, wenn er sich nicht gewerbsmäßig damit befaßt.

Weitere Unterschiede zwischen Handels- und Zivilmäkler werden wir unten finden.

Für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein, übernimmt der Handelsmäkler die Vermittelung, sich darin wesentlich vom Handlungsagenten unterscheidend, der in einem Vertrauensverhältnis zu dem Geschäftsherrn steht und für ein sich als Handelsgewerbe charakterisierendes

[1]) RG 38, 22.

Gewerbe tätig sein muß, während die Dienste des Handelsmäklers von Fall zu Fall in Anspruch genommen werden von anderen Personen, bei denen es nicht erforderlich ist, daß sie ein Handelsgewerbe betreiben. Sein Verhältnis zur Partei findet regelmäßig seine Beendigung mit der Ausführung des Auftrags.

Der Handelsmäkler beschränkt sich im Gegensatz zum Zivilmäkler nicht auf den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrags[1]), sondern Gegenstand seines Gewerbes ist lediglich die „Vermittelung" von Verträgen für andere Personen, gleichviel ob Kaufleute oder Nichtkaufleute.[2]) Den Abschluss von Verträgen zu „vermitteln" ist Gegenstand seiner Tätigkeit. Ob der durch seine Vermittelung zustande gekommene Vertrag demnächst auch ausgeführt wird, ist für die Geltendmachung der Vergütung belanglos.[3]) Seine Tätigkeit beim Geschäftsabschluß ist eine rein tatsächliche; er weist dem Auftraggeber die Gelegenheit zum erwünschten Geschäftsabschluß nach, sucht die Parteien auf, gleicht sich widerstreitende Interessen aus, räumt entgegenstehende Bedenken hinweg usw.

Welches Maß der Tätigkeit der Handelsmäkler aufwenden muß, wird sich verschieden je nach Lage des Falles beurteilen. Das richterliche Ermessen wird hierbei eine große Rolle spielen. In dem einen Falle kann schon in dem Zuführen des Käufers der ursächliche Zusammenhang zwischen Vermittlertätigkeit und Vertragsabschluß liegen, wenn es eben einer weiteren Mitwirkung nicht bedurfte, um den Konsens herbeizuführen. In anderen Fällen, in denen erst noch die Zustimmung der Parteien oder einer derselben zum Vertragsabschlusse

[1]) BGB § 652 ff.

[2]) Riesenfeld bei Gruchot, Bd. 37, S. 531).

[3]) Düringer-Hachenburg unter I. 4 zu § 93 S. 288; unter Ib zu § 98 S. 304.

herbeizuführen ist, ist ein Mehraufwand von Tätigkeit erforderlich; in anderen Fällen wieder kann das bloße Übermitteln der gegenseitigen Erklärungen, wo der Handelsmäkler nicht als Vertreter der Partei, sondern nur als Zwischenträger, ähnlich wie der Bote handelt, ausreichen.[1])

Jedoch liegt dem Handelsmäkler auch keine weitere als die den Vertragsabschluß lediglich vermittelnde Tätigkeit ob, auf deren Maß es überhaupt nicht ankommt.[2]) Der Mäkler muß es aber auch wirklich gewesen sein, der den Kontrahenten zugeführt hat, was nicht der Fall ist, wenn der, dem der Verkaufslustige genannt ist, ihn seinerseits einem andern mitteilt, der dann das Kaufgeschäft macht[3]), oder wenn der Zugeführte dem Auftraggeber als zum Abschlusse derartiger Geschäfte geneigt bereits bekannt ist[4]).

Nicht liegt dem Handelsmäkler der Vertragsabschluß selbst ob, doch ist es nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfalle der Handelsmäkler auch abschließt, falls er Vollmacht zum Abschluß erhalten hat, was aber besonderen Beweises bedarf.[5])

Eine weitere Sonderstellung nimmt der Handelsmäkler insofern ein, als der Zivilmäkler ebenso wie der Handlungsagent jede Art von Verträgen vermitteln kann, während diejenigen, die der Handelsmäkler vermittelt, sich nur auf „Gegenstände des Handelsverkehrs" beziehen. Als solche Verträge zählt das Gesetz besonders auf: „Verträge über die Anschaffung und Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderung, Bodmerei, Schiffsmiete." Aus der Klausel „oder sonstige Geschäfte des Handelsverkehrs" sehen wir, daß der Gesetzgeber die angeführten nur als Beispiele angesehen haben will;

[1]) ROHG 4, 413.
[2]) Seuff, Arch. 74, 173.
[3]) Bolze 6, Nr. 490.
[4]) RG 6, 188.
[5]) Riesenfeld bei Gruchot 37, S. 32, 270.

keinesfalls soll mit dieser Aufzählung der den Gegenstand der Vermittelung bildenden Geschäfte erschöpft sein. Denn schon die Denkschrift S 81 führt aus, daß zu den Verträgen über die Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren auch die Verträge über den Erwerb oder die Veräußerung von Edelmetallen, Geldsorten und Wechseln, sowie von Schiffen gehören. Staub[1]) rechnet auch die Patente hierher, sodaß also die Patentanwälte, soweit sie sich mit der Vermittelung von Patentveräußerungsgeschäften befassen, Handelsmäkler sind; ferner die Geschäfte des Bankgewerbes.

Ausdrücklich hebt § 93 Abs. 2 hervor, daß unbewegliche Sachen keine Gegenstände des Handelsverkehrs sind. Demnach gehören alle diejenigen, welche Verträge über Grundstücke oder über Rechte an solchen vermitteln, nicht zu den Handels-, sondern zu den Zivilmäklern.

Dasselbe gilt von den Stellenvermittlern, Gesindemäklern, Theater- und Konzertagenten, Heiratsvermittlern, die den Vorschriften des BGB § 652 ff unterstehen.

Der Handelsmäkler ist nach HGB § 1 Z. 7 Mußkaufmann, dh. Kaufmann kraft seines Gewerbes. Je nach Größe und Umfang seines Betriebes ist er Voll- oder Minderkaufmann.[2]) Danach bemißt sich auch der Umfang seiner Rechte und Pflichten über Prokura, Führung von Handelsbüchern, Eintragung der Firma in das Handelsregister usw.

Dieselben Vorschriften gelten auch für diejenigen Handelsmäkler, die für gewisse Angelegenheiten amtlich bestellt oder öffentlich ermächtigt sind, wie die Kursmäkler, Versteigerungsbeamten usw.

Während der Handelsmäkler nach § 1 Z. 7 ipso jure Kaufmann ist, kann sich der Zivilmäkler unter Umständen gemäß HGB § 2 als Kaufmann eintragen lassen.

[1]) I. S. 398.
[2]) HGB §§ 4, 2.

III.

Der Mäklervertrag.

1.) Rechtliche Natur des Mäklervertrages.

§ 3.

Bei der Frage nach der heutigen Auffassung des Handelsmäklervertrages und den aus ihm sich ergebenden Rechtsfolgen für die Beteiligten sind neben den Vorschriften des 8. Abschn. des HGB die Bestimmungen des BGB über den Mäklervertrag zu Grunde zu legen. Der Handelsmäklervertrag hat mit dem Mäklervertrag des BGB alle Essentialien gemeinsam und unterscheidet sich von ihm nur insofern, als in dem einen Vertragssubjekte, dem Handelsmäkler, die in § 2 dargestellten begrifflichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Von dem bürgerlichen Mäklervertrag ist daher auszugehen.

Der Mäklervertrag ist nach BGB § 652 eine Übereinkunft, in der für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrages der Auftraggeber dem Mäkler den Mäklerlohn verspricht. Dies gilt auch vom Handelsmäklervertrag, jedoch mit der Abweichung, daß bei letzterem, bedingt durch die sonderrechtliche Stellung des Handelsmäklers, das Moment des Nachweises wegfällt und nur die Vermittelung, die gewerbsmäßig auf Geschäfte des Handelsverkehrs gerichtet sein muß, in Frage kommt. Der Handelsmäklervertrag ist somit ein Vertrag, worin sich Jemand verpflichtet, dem Handelsmäkler für seine, zu einem bestimmten Vertragsschlusse führende Vermittlertätigkeit einen Lohn zu zahlen. Nur dies ist erforderlich, aber auch genügend. Insbesondere enthält der Vertrag nicht das Versprechen, für die Vermittelung tätig zu sein, noch für das Zustande-

kommen jenes Vertragabschlusses einzustehen.[1]) Eine Verpflichtung aus dem Mäklervertrag ergibt sich für ihn nur für den Fall, daß er auf Grund des Mäklervertrages tätig wird. Alsdann ist er zur Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers verpflichtet. Eine Verpflichtung geht nur der Auftraggeber ein; aber auch er ist an seinen Auftrag nicht gebunden, sondern kann den Vertragsschluß nach Erteilung des Auftrags jederzeit ohne Angabe des Grundes widerrufen. Beide Teile jedoch, Handelsmäkler sowohl wie Auftraggeber haben das freie Recht, tätig zu sein oder nicht, die Tätigkeit entgegen zu nehmen oder nicht.[2])

Nach Staub kann der Handelsmäkler sehr wohl Verpflichtungen eingehen; er kann sich zu einem Erfolg oder zu einer Tätigkeit verpflichten.[3]) Im ersten Falle wird der Vertrag ein Werk-, im zweiten ein Dienstvertrag. Trotzdem bleibt der Vertrag ein Mäklervertrag, der nur zugleich ein Werk- oder Dienstvertrag geworden ist.

Düringer-Hachenburg I. S. 282 ff. sehen in dem Mäklervertrage ein der loratio conductio operarum und operis ähnliches Verhältnis; sie erklären ihn für eine Spezialart des Dienst- oder Werkvertrages, da der Mäkler nur eine besondere Art von Tätigkeit entfalte, während der Dienstvertrag jede Art von Tätigkeit umfasse, und Gegenstand des Werkvertrags jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein könne. Sie nehmen an, daß der Handelsmäkler sich im Mäklervertrage stets entweder zur Entfaltung einer bestimmten Tätigkeit oder zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichte, und daß daher für ihn bald die Vorschriften vom Dienstvertrage, bald die vom Werkvertrage maßgebend seien.

---

[1]) Düringer-Hachenburg I. S. 283; Dernburg BGB II. S. 484; Staub I. S. 323; Planck II. S. 393; Staudinger II. S. 473.

[2]) Staub I. S. 323.

[3]) Ebenso Cosack BGB I. § 152; Planck I. Vorbemerkung zu Titel 8.

Die Unmöglichkeit, den Mäklervertrag als Dienst- oder Werkvertrag anzusehen, ergibt sich aus Folgendem: BGB definiert den Dienstvertrag: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“ Beim Dienstvertrage wird also der Lohn schlechthin für die geleisteten Dienste, beim Mäklervertrag jedoch für die Vermittelung, d. h. für den Fall, daß der vermittelte Vertrag wirklich zustande gekommen ist, also nicht für geleistete Dienste, sondern für den Fall der Leistung eines Arbeitsproduktes gewährt; denn Gegenstand des Dienstvertrages ist die versprochene Arbeit. Ebenso spricht für die Ablehnung der Auffassung vom Mäklervertrage als Dienstvertrag die Tatsache, daß bei letzterem der Dienstpflichtige, wenn er durch einen nicht in seiner Person liegenden Grund an der Dienstleistung verhindert wird, doch den Lohn fordern kann. Dies gilt für den Handelsmäkler nicht, denn er bekommt seinen Lohn nur dann, wenn durch seine Vermittelung ein Vertrag wirklich zustande gekommen ist.

Den Werkvertrag definiert BGB § 651: „Der Werkvertrag ist ein Vertrag, durch den sich der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“ Gegenstand einer Verpflichtung beim Werkvertrage ist also das Arbeitsprodukt, während nach BGB § 652 eine Verpflichtung des Mäklers, für die Vermittelung des Vertrags tätig zu sein oder für das Zustandekommen des Vertrags nicht besteht. Seine Tätigkeit wäre auch rechtlich gar nicht erzwingbar. Denn die vom Mäkler versprochene Tätigkeit ist etwas Unbestimmtes und Unbestimmbares; nach CPO § 253 bedarf es jedoch zur Substantiierung des Klagantrages der Bestimmtheit der vorzunehmenden Tätigkeit.[1])

[1]) Riesenfeld bei Gruchot 37, § 276.

In Konsequenz ihrer Konstruktion kommen Düringer-Hachenburg nun zu einem Kündigungsrecht, während ein solches in Wirklichkeit gar nicht besteht. Denn da der Mäklervertrag seinem Wesen nach nichts weiter enthält als die Verpflichtung des Auftraggebers, den Lohn zu zahlen, wenn der Mäkler den Vertrag zustande gebracht hat, und der Mäkler weder die Verpflichtung hat, tätig zu sein, und seine Tätigkeit jederzeit ohne Angabe des Grundes wieder einstellen kann, noch auch der Auftraggeber die Verpflichtung hat, die Erfolge der Tätigkeit entgegenzunehmen und den ihm dargebotenen Vertrag zu schließen, so ist ein Kündigungsrecht ganz überflüssig, zumal auch die Praxis schon längst ein Rücktrittsrecht anerkennt. [1])

Eine vielumstrittene Frage ist ferner die, ob in dem vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „übernehmen" eine Verpflichtung des Handelsmäklers liegt, für die von ihm übernommene Vermittelung des Vertrags tätig zu sein. Goldmann[2]) glaubt dies sowohl aus den Darlegungen der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch[3]) als auch aus den Motiven zum BGB[4]) folgern zu müssen. Er zieht aus dieser Verpflichtung dann weiter den Schluß, daß der Handelsmäklervertrag regelmäßig unter die große Klasse der Dienstverträge falle;[5]) daß, wenn der Handelsmäkler über die Vermittelung des Vertrags hinaus sich zur Herbeiführung des Erfolges, daß der Vertrag zustande komme, verpflichtet habe, ein Werkvertrag nach BGB § 631 vorliege; daß daher auf den Handelsmäklervertrag — mag er sich im einzelnen Falle als Dienst- oder Werkvertrag darstellen —, da er eine Geschäftsbesorgung zum

[1]) RG 25, 321; 22; 378.
[2]) I. 436, 437, 453.
[3]) S. 37.
[4]) Bd. 2, S. 511 ff.
[5]) BGB § 611 ff.

Gegenstande habe, die Vorschriften des BGB §§ 663, 665—670, 672—674 entsprechende Anwendung finden.

Meines Erachtens hat es nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen, dem Handelsmäkler eine Verpflichtung zur Vermittelung aufzuerlegen, während es dem Auftraggeber freisteht, den Erfolg seiner Tätigkeit eintreten zu lassen oder nicht. Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes zu Gunsten der Annahme Goldmanns spricht, so meint es doch statt „sich verpflichten", „sich bereit erklären".

2.) Form und Abschluss des Mäklervertrages.

§ 4.

Mit der Willenseinigung der Parteien ist der Mäklervertrag abgeschlossen. Demnach fällt der Abschluß in den Zeitpunkt, wo beide Kontrahenten darüber einig sind, daß der Mäkler die Vermittelung übernimmt, und der Kommittent sich verpflichtet, dafür einen Lohn zu zahlen.

Der Mäklervertrag des BGB und ebenso der Handelsmäklervertrag bedürfen zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form; sie sind vielmehr formlos gültig und selbst auch dann, wenn für das zu vermittelnde Geschäft eine besondere Form, z. B. Schriftlichkeit vorgeschrieben ist.

Aus dem Grundsatz der Formlosigkeit des Mäklervertrages folgt, daß der Mäklervertrag auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen, abgeschlossen werden kann.[1]) Der Mäkler braucht also, wenn ihm ein Auftrag zugeht, sich nicht ausdrücklich darüber zu erklären, daß er den Auftrag annehmen wolle. Es genügt, wenn er daraufhin tätig wird. Der Vertrag gilt dann als in dem Momente geschlossen, in welchem der Auftraggeber er-

[1]) Bolze, Bd. V, II. Nr. 566.

sieht oder ersehen muß, daß jener die Vermittelung übernimmt. Ebenso kann das Versprechen des Mäklerlohnes stillschweigend erfolgen. Es liegt in der bloßen Übertragung der Vermittelung dann, wenn nach den Umständen die Ausübung der Vermittelungstätigkeit nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, also vor allem dann, wenn ein Mäkler beauftragt wird, von dem der Auftraggeber weiß, daß er die Vermittelung gewerbsmäßig betreibt. Ist die Höhe des Lohnes nicht vereinbart, so ist beim Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzunehmen.[1]) Für den Handelsmäkler ergibt sich jedoch aus seiner Eigenschaft als Kaufmann unter Umständen die Pflicht, dem Auftraggeber anzuzeigen, wenn er einen ihm zugegangenen Auftrag nicht ausführen will.[2]) Wird er von einem Anderen, mit dem er in Geschäftsverbindung steht oder dem gegenüber er sich zur Ausführung von Vermittelungen erboten hat, mit einer solchen Vermittelung beauftragt, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme. Im Übrigen ist auch der Handelsmäkler niemals verpflichtet, einen Auftrag anzunehmen, noch sich auf diesen zu erklären.

Doch nicht allein vom Geschäftsherrn, sondern auch vom Mäkler selbst, mag er im Auftrage eines Dritten kommen oder selbst den Anstoß zu dem zu vermittelnden Geschäfte geben, kann die Initiative ausgehen, und kann der Vertrag ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen geschlossen werden. Es gilt hier dasselbe wie in den vorher behandelten Fällen, wo die Initiative zum Abschluß eines Mäklervertrages vom Geschäftsherrn ausging und der beiderseitige animus obligandi angenommen wurde.

---

[1]) BGB § 653_2.

[2]) HGB § 362.

In den Fällen des Vertragsschlusses durch konkludente Handlungen ist zum Zustandekommen des Mäklervertrages erforderlich, daß der animus obligandi vorhanden sei. Behauptet der Mäkler im Streitfalle den Vertragswillen der Gegenpartei, so trifft ihn die Beweislast.

3.) Rechtliche Folgen des Mäklervertrages.

§ 5.

Durch den Mäklervertrag wird der Handelsmäkler zu einer Tätigkeit nicht verpflichtet. Nur in einem bestimmten Falle kann er jedoch zur Erfüllung des Geschäfts verpflichtet werden: wenn er bei der Meldung von der Ausführung des Auftrages sich die andere Partei vorbehält, sein Auftraggeber hiermit einverstanden ist, der Mäkler die Benennung des Gegenkontrahenten aber in der angemessenen Zeit unterläßt oder einen Gegenkontrahenten nennt, gegen den der Auftraggeber begründete Einwendungen erhebt.[1])

Der Auftraggeber wird durch den Abschluß des Mäklervertrages zur Zahlung des Mäklerlohnes verpflichtet nur für den Fall, daß der Mäkler durch seine Tätigkeit einen Vertragsschluß herbeiführt. Im Übrigen ist er bis zum Abschluß des Vertrags unumschränkter Herr des Geschäfts. Er kann den Mäklervertrag jederzeit kündigen, selbst wenn der Mäkler alles in seiner Kraft Stehende getan hat, um den Vertrag zustande zu bringen. Er braucht das Ergebnis der vermittelnden Tätigkeit selbst dann nicht anzunehmen, wenn die Gegenpartei völlig bereit ist, den Vertrag unter den von ihm gewünschten Bedingungen anzunehmen und er Einwendungen gegen dieselben gar nicht erhebt. Weiter hindert die Erteilung des Vermittelungsauftrages den Auftraggeber nicht, gleich-

[1]) HGB § 95.

zeitig denselben Auftrag einem anderen Mäkler zu erteilen oder das Geschäft selbst ohne Vorwissen und Konkurrenz des beauftragten Mäklers mit dem Dritten abzuschließen.

Nach Abschluß des Mäklervertrages kann nur der Mäkler eine Vermittelungstätigkeit entfalten. Er kann auch Erklärungen und Offerten übermitteln, doch zur Abgabe bindender Erklärungen namens seines Auftraggebers Dritten gegenüber und zur Vornahme des Abschlusses des vermittelten Geschäftes ist er nicht befugt, außer wenn er dazu besonders ermächtigt ist; wie ihm auch das sonst nicht zustehende Recht zur Empfangnahme einer Zahlung oder Annahme einer sonstigen Leistung durch besonderen Akt erteilt werden kann.

Die rechtliche Stellung des Handelsmäklers zu den Parteien ist nach der Auffassung des Gesetzgebers im Regelfalle die, daß er zu beiden Vertragsteilen in ein kontraktliches Verhältnis tritt.[1])

Er tritt, nur von einer Partei mit der Vermittelung des Vertrags beauftragt, dadurch, daß er die Vermittelungstätigkeit ausübt, auch zu der anderen Partei in ein kontraktliches Verhältnis; die andere Partei tritt dadurch ein, daß sie sich auf seine Vermittelungstätigkeit einläßt.[2])

In Wirklichkeit schließt der Handelsmäkler zwei Mäklerverträge ab; den ersten mit dem Auftraggeber, in dessen Auftrag er die Vermittelung übernommen hat, den zweiten mit der Gegenpartei, nachdem er diese gefunden und auch von ihr die Vermittelung übernommen hat. Beiden Parteien gegenüber nimmt er eine objektive Stellung ein. Er haftet beiden Parteien und hat von beiden den Lohn zu fordern; beiden Parteien muß er Auszüge aus seinem Tagebuche geben. Es besteht also

[1]) HGB §§ 98, 99; Staub I. 399; Cosack S. 205; Goldmann I. 453; Düringer-Hachenburg I. 281.

[2]) Staub I. 399.

keine Regel, daß der Handelsmäkler mit Rücksicht auf den Widerstreit der Parteiinteressen nur von einer der Parteien einen Auftrag annehmen und die andere lediglich als Gegenpartei ansehen dürfe.[1]) Er soll vielmehr als Unparteiischer die beiderseitigen Interessen der Parteien möglichst gleichmäßig wahrzunehmen bestrebt sein. Stets ist das Maß seiner Pflichten gegenüber beiden Parteien das gleiche, es sei denn, daß er durch besondere Abrede für den Einzelfall ausdrücklich damit betraut ist, den Interessen nur einer Partei zu dienen. Dies ist sehr wohl möglich, da durch Parteiwillkür diese gesetzlich dispositive Gestaltung der objektiven Stellung des Handelsmäklers zu den Parteien, die kein begrifflich notwendiges Merkmal seiner rechtlichen Stellung ist, abgeändert werden kann.[2]) Liegt ein solches Vertragsverhältnis vor, so kann von vertraglichen Beziehungen zwischen dem Handelsmäkler und der Gegenpartei nicht die Rede sein. Der Gegenpartei haftet er dann für Verschulden in diesem Falle nicht ex contractu, — denn mit ihr steht er gar nicht in einem vertraglichen Verhältnis, — sondern ex lege.[3])

4.) Beendigung des Mäklervertrags.

§ 6.

Der Mäklervertrag begründet keine dauernden Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Handelsmäkler, sondern das zwischen beiden durch den Vertrag entstandene Vertragsverhältnis ist nur von kurzer Dauer.

Die Beendigung des Mäklervertrages kann auf verschiedene Art erfolgen. Das Regelmäßigste ist die durch Erfüllung, die dann vorliegt, wenn der Auftraggeber den

---

[1]) BSB § 654.
[2]) HGB § 93.
[3]) Staub I. 383; Lehmann-Ring S. 210.

vereinbarten bez. den taxmäßigen, oder in Ermangelung einer Taxe den ortsüblichen Lohn gezahlt hat, und der Mäklerauftrag durch Abschluß des beabsichtigten Geschäftes erledigt ist. Weiter kann der Mäklervertrag durch gegenseitige Übereinkunft aufgelöst werden. Doch auch einseitig kann jeder Vertragsteil, sowohl Auftraggeber wie Handelsmäkler, den Vertrag lösen. Daß der Auftraggeber jederzeit bis zum Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes den Auftrag widerrufen kann, ergibt sich schon aus dem oben dargelegten Wesen des Mäklervertrages, wonach der Auftraggeber zum Abschließen des durch den Mäkler dargebotenen Vertrages keineswegs verpflichtet ist.[1]) Er kann daher vom Vertrag gänzlich zurücktreten oder das Geschäft selbst zustande bringen oder einen anderen Mäkler damit beauftragen. Bleibt freilich ein Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem abgeschlossenen Geschäft, so bleibt trotzdem die Pflicht zur Zahlung des Mäklerlohnes bestehen. Doch kann sich der Auftraggeber auch des ihm zustehenden Widerrufes für eine bestimmte Frist begeben, indem er sich eine gewisse und zwar dahingehende Beschränkung auferlegt, daß er, sofern er ohne einen wichtigen Grund vor einem bestimmten Zeitpunkt widerruft, dem Mäkler völlig für die zugesagte Mäklergebühr haftet.[2])

Ebenso folgt aus der von uns aufgefaßten Bedeutung des Wortes „übernehmen", wonach sich der Handelsmäkler zu einer Leistung aus dem Vertragsverhältnis gar nicht verpflichtet, daß er ebenfalls vom Vertrage jederzeit zurücktreten kann, entweder durch ausdrückliche Erklärung an den Auftraggeber oder durch konkludente Handlung, so vor allem, wenn er überhaupt nicht tätig wird oder seine Tätigkeit wieder einstellt. Andrerseits liegt darin, daß sich der Handelsmäkler zu einer beson-

[1]) ROHG 7, 105.
[2]) RG 22, 378.

deren Tätigkeit verpflichtet, ein Verzicht auf das ihm sonst zustehende Rücktrittsrecht.[1])

Die nach dem Abschluß des Mäklervertrags eintretende Unmöglichkeit hat ebenfalls seine Aufhebung zur Folge. Er hört auf zu bestehen, sowohl, wenn die Leistung objektiv unmöglich wird, z. B. der Gegenstand, betreffs dessen der Auftraggeber den zu vermittelnden Vertrag schließen wollte, geht unter, oder sie wird subjektiv unmöglich. So wird durch Verschulden des Auftraggebers die dem Mäkler übertragene Leistung dann unmöglich, wenn der Auftraggeber nach Erteilung des Auftrages seine Person umgeht und entweder selbständig abschließt oder einen anderen Mäkler beauftragt.

Auch der nach dem Mäklervertragsabschluß erfolgende Tod des Mäklers führt zur Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen Handelsmäkler und Auftraggeber. Denn der Auftraggeber wird zum Abschluß des Vertrags meistenteils mit Rücksicht auf die Personen- und Sachkenntnis des Mäklers diesen in Anspruch nehmen. Ist der Mäkler nur Mitglied einer das Mäklergewerbe betreibenden Handelsgesellschaft, so ist es fraglich, ob sein Tod Einfluß auf den Bestand des Mäklervertrags hat. Das wird quaestio facti sein. Es finden dann die Vorschriften über die Handelsgesellschaft Anwendung.[2])

Dem Tode des Mäklers ist der Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit gleichzustellen.[3])

Tod und eintretende Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers dagegen bilden keinen Beendigungsgrund.[4]) Die Rechte und Pflichten des Auftraggebers gehen vielmehr, wie bei allen anderen Verträgen, auf die Erben über. Doch haben sie jederzeit das Widerrufsrecht.

---

[1]) Lehmann-Ring I, 204.
[2]) HGB § 134. 1.
[3]) Lehmann-Ring I. 204.
[4]) Goldmann I 439; Lehmann-Ring I. 204.

Eintretende Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers als Beendigungsgrund des Mäklervertrages wird analog dem Tode des Auftraggebers als Beendigungsgrund behandelt.

Die Wirkung des Konkurses auf den Mäklervertrag ist verschieden. Der Konkurs des Auftraggebers wird gewöhnlich Aufhebungsgrund sein, weil der Kridar die Verfügung über sein Vermögen verliert, und das zu vermittelnde Geschäft regelmäßig vermögensrechtlicher Natur ist. Der Konkurs des Mäklers dagegen wird nicht ohne weiteres Aufhebungsgrund. Denn wenn auch dem Mäkler die Verfügung über sein Vermögen entzogen ist, so hindert dies doch nicht, seine persönliche Tätigkeit in den Dienst des Auftraggebers zu stellen.

IV.

Pflichten des Handelsmäklers.

1. Allgemeines.

§ 7.

Wir unterscheiden zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Pflichten des Handelsmäklers.

Die öffentlichrechtlichen Pflichten sind die dem Handelsmäkler mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit des Handelsverkehrs und seiner Kaufmannseigenschaft auferlegten Pflichten. Die privatrechtlichen sind die aus dem Mäklervertrag sich ergebenden Pflichten.

Die im alten Handelsgesetzbuche enthaltenen Verpflichtungen des Handelsmäklers sind im neuen stehen geblieben nur insoweit, als sie sich aus der rechtlichen Stellung des Handelsmäklers von selbst ergeben. Es sind dadurch wesentliche Beschränkungen des Handelsmäklers beseitigt.

Für den heutigen Handelsmäkler besteht das Verbot des Art. 69 A HGB Ziff. 1: „Die Handelsmäkler dürfen für

eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte machen, weder unmittelbar noch mittelbar, auch nicht als Kommissionäre, sie dürfen für die Erfüllung von Geschäften, die sie vermitteln, sich nicht verbindlich machen oder Bürgschaft leisten, alles dies unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte“ nicht mehr. Desgleichen ist das Verbot, Handlungsgehilfe, Handlungsbevollmächtigter oder Prokurist zu sein, beseitigt, sodaß er zu einem Kaufmann sehr wohl im Verhältnisse eines der eben Genannten stehen kann. Doch kommen beschränkend die für die genannten Personen bestehenden Vorschriften, vor allem das Konkurrenzverbot, in Betracht, die jedoch nur für die amtlichen Handelsmäkler gelten. Entgegen den Vorschriften des alten Handelsgesetzbuches darf sich der Mäkler heute zu einem gemeinschaftlichen Betriebe der Mäklergeschäfte oder eines Teiles derselben vereinigen. Dieser heute sehr häufig vorkommenden Vereinigung von Handelsmäklern zum gemeinschaftlichen Betriebe von Mäklergeschäften wird meist ein Gesellschaftsverhältnis zu Grunde liegen.

Daß der Handelsmäkler seine Geschäfte persönlich betreibt, ist auch nicht mehr erforderlich; er kann sich vielmehr sogenannter Zwischenmäkler bedienen.[1]) Hat er sich aber ausnahmsweise zu einer besonderen persönlichen Tätigkeit verpflichtet, d. h. daß er die Verpflichtung zur Ausführung der Vermittelungstätigkeit übernommen hat, so hat er im Zweifel die ihm übertragene Tätigkeit selbst zu entfalten.[2]) Der Haupt- und Zwischenmäkler stehen regelmäßig in einem Sozietätsverhältnis und haben mangels besonderer Abrede die Provision zu teilen. Regelmäßig hat nur der Hauptmäkler den Anspruch gegen den Auftraggeber, doch

[1]) RG 18, 163; Lehmann-Ring I. 210; Staub I. 400.
[2]) BGB § 613; a. M. Düringer-Hachenburg S. 285.

haftet er auch diesem gegenüber für das Verschulden seiner Substituten.[1])

Der Handelsmäkler ist ferner zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse Dritten gegenüber verpflichtet, soweit ihn nicht die Parteien davon entbunden haben, oder die Natur des Geschäftes nicht ein anderes mit sich bringt. Der anderen Partei gegenüber darf er soweit aus seiner Verschwiegenheit heraustreten, als die unparteiische Rücksichtnahme ihrer Interessen es erfordert. Ebenso ist das Verbot weggefallen, daß es dem Mäkler weder erlaubt sei, von Abwesenden Aufträge zu übernehmen, noch sich zur Vermittelung eines Unterhändlers zu bedienen. Er darf also auch von Abwesenden Aufträge annehmen.

Der Handelsmäkler nimmt also heute, abgesehen von dem Kursmäkler[2]), für den noch einige Einschränkungen existieren, eine wesentlich freiere Stellung ein als früher.

2.) Öffentlichrechtliche Pflichten.

a) Pflichten des Handelsmäklers als Kaufmann.

§ 8.

Der Handelsmäkler ist kraft seines Gewerbes Kaufmann[3]). Er ist entweder Vollkaufmann[4]) oder unter den Voraussetzungen des § 4, wonach sein Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen darf, Minderkaufmann.

Ist er Vollkaufmann, so gelten für ihn die Vorschriften über Firma, Prokura, Handelsregister usw.; er ist ferner neben der Führung des Tagebuches noch zur

[1]) BGB § 278.
[2]) Börsengesetz § 32.
[3]) HGB § 1 Nr. 7.
[4]) HGB § 1.

Führung von Handelsbüchern und zu Bilanzaufstellungen verpflichtet.

Ist er Minderkaufmann, so finden die für den Vollkaufmann geltenden Bestimmungen über Firma, Prokura usw. keine Anwendung. Er hat dann keine Handelsbücher mehr zu führen, wohl aber ein Tagebuch.

b) Das Tagebuch.

§ 9.

Der Handelsmäkler ist kraft öffentlichen Rechts verpflichtet, ein Tagebuch zu führen und in dasselbe alle abgeschlossenen Geschäfte täglich einzutragen. Die Parteien sind daher nicht befugt, ihn von der Eintragungspflicht der vermittelten Geschäfte in dasselbe zu entbinden, wie sie es im allgemeinen bezüglich der Schlußnoten vermögen. Trotz ihrer Verzichtleistung auf die Eintragung hat diese daher trotzdem zu erfolgen, während der Handelsmäkler die Zustellung von Schlußnoten gemäß § 94 Abs. 1 unterlassen darf. Ja, die Beobachtung der das Tagebuch betreffenden Vorschriften erscheint dem Gesetzgeber so wichtig, daß er ihre Nichtbeachtung mit einer Vergehensstrafe bedroht.[1]) Doch diese Verpflichtung besteht auch gegenüber den Parteien, und ihre Verletzung macht den Handelsmäkler diesen gegenüber schadensersatzpflichtig.

Das Tagebuch gehört nicht zu den Handelsbüchern im Sinne des HGB §§ 38 ff, zu deren Führung der Handelsmäkler auch in seiner Eigenschaft als Kaufmann verpflichtet ist. Während diese jedoch die eigenen Geschäfte des Buchführenden verzeichnen, wird das Tagebuch in erster Linie nicht zur Darlegung seiner eigenen Verhältnisse, sondern als Beurkundung für Dritte, die Parteien, geführt. Der Inhalt des Tagebuches ist also beschränkter als der der Handelsmäkler.

[1]) Geldstrafe bis zu 1000 Mk. HGB § 103; StGB §§ 1 Abs. 2; 27—30.

Die Eintragungen in das Tagebuch haben täglich, der Zeitfolge nach zu geschehen. Die Eintragungen eines Tages dürfen auf einmal erfolgen, ohne daß die Stunde vermerkt wird; wenn nur die Zeitfolge gewahrt bleibt. Ferner hat es alle Essentialia gemäß § 94 Abs. 1 der durch seine Vermittelung abgeschlossenen Verträge zu enthalten. Denn nur abgeschlossene Verträge sind einzutragen; nicht etwa braucht er zu vermerken, wenn das Geschäft wieder aufgehoben worden ist, außer wenn diese Aufhebung auf der Vermittelungstätigkeit des Handelsmäklers beruht. Daß diese Eintragung ins Tagebuch persönlich vom Handelsmäkler erfolge, ist nicht erforderlich; wohl aber muß er die Unterzeichnung eigenhändig vornehmen, doch braucht er nicht jeden vermerkten Abschluß zu unterschreiben, sondern seine Unterschrift kann alle Eintragungen eines Tages decken. Hat an einem Tage kein Geschäftsabschluß stattgefunden, so wird er dieses der Ordnung wegen vermerken, doch besteht keine Vorschrift darüber. Bezüglich der Einrichtung und Aufbewahrung des Tagebuches gilt dasselbe wie für die Handelsbücher.[1]) „Bei der Führung des Tagebuches und den sonst erforderlichen Aufzeichnungen hat sich der Handelsmäkler einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen zu bedienen. Das Tagebuch soll gebunden und Blatt für Blatt oder Seite für Seite mit fortlaufenden Zahlen versehen sein. An Stellen, die der Regel nach zu beschreiben sind, dürfen keine leeren Zwischenräume gelassen werden. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht mittelst Durchstreichens oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf Nichts radiert, auch dürfen solche Veränderungen nicht vorgenommen werden, deren Beschaffenheit es ungewiß läßt, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind.“

[1]) HGB §§, 100, 43, 44.

Diese Bestimmungen sollen dem Tagebuche den Charakter einer Urkunde als eines sicheren Beweismittels erhalten. Einer ordentlichen Buchführung dürfte der Gebrauch der Tinte entsprechen; doch da dieses nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, können auch Bleistiftaufzeichnungen, soweit sie keine Unübersichtlichkeit erzeugen, gemacht werden.

Ebenso ist der Handelsmäkler verpflichtet, das Tagebuch bis zum Ablauf von 10 Jahren, von dem Tage der darin vorgenommenen letzten Eintragung an gerechnet, aufzubewahren. Diese Aufbewahrungspflicht besteht auch nach Aufgabe des Gewerbebetriebs fort und geht sogar auf seine Erben und Rechtsnachfolger über, die sich jedoch durch ihre Vernachlässigung nur schadensersatzpflichtig machen können, während auf sie die Strafvorschrift des § 103, der die Eigenschaft als Handelsmäkler voraussetzt, keine Anwendung findet.

Der Handelsmäkler ist verpflichtet, den Parteien, also nicht nur dem Auftraggeber allein, aber nicht etwa Dritten, auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuch zu geben, die von ihm unterzeichnet sind und Alles enthalten, was von ihm in Ansehung des vermittelten Geschäftes eingetragen ist. Dieser klagbare Anspruch, der während der ganzen Dauer der Aufbewahrungspflicht besteht, kann jedoch nur gegen den Handelsmäkler geltend gemacht werden, nicht gegen die Erben und Rechtsnachfolger, da eine Unterzeichnung der Einträge verlangt ist und diese die Eigenschaft als Handelsmäkler voraussetzt. Der Anspruch der Parteien erstreckt sich jedoch nur auf die jederzeitige Erteilung von Auszügen. Die Vorlegung des Tagebuches selbst können die Parteien nicht verlangen außer auf richterliche Anordnung während des Prozesses. Doch kann das Gericht auch von Amtswegen die Vorlegung des Tagebuches anordnen, doch nur, um an der Hand desselben die Glaub-

würdigkeit anderer Beweismittel zu prüfen; nicht etwa, um durch richterliche Anordnung das Tagebuch als neues und selbständiges Beweismittel in den Prozeß einzuführen. Es soll nur zum Zwecke der Vergleichung mit einem anderen Beweismittel dienen, nicht um aus seinem Inhalt ein neues tatsächliches Argument für eine Partei heranzuschaffen. Verweigert der Mäkler die Vorlegung des Tagebuches, so fehlt es an einer Bestimmung, wie er zur Vorlegung gezwungen werden soll. Den Parteien bleibt also, falls der Mäkler nicht Partei ist, nur das Klagerecht[1]). Ist der Mäkler selbst Partei, so trifft ihn das Präjudiz des CPO § 427.

3.) Privatrechtliche Pflichten.

a.) Verpflichtung zur Sorgfalt.

§ 10.

Der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden[2]).

Mit dieser Bestimmung läßt der Gesetzgeber die von uns oben behandelte Frage, ob der Handelsmäkler zu beiden Parteien in einem kontraktlichen Verhältnisse stehen müsse oder ob er auch in einem solchen zu einer Partei stehen könne, unerörtert; er statuirt vielmehr eine gleichmäßige gesetzliche Haftung des Handelsmäklers gegenüber beiden Parteien. Diese Haftung tritt aber nicht schon mit dem Abschlusse des Mäklervertrages, sondern erst mit dem Tätigwerden des Handelsmäklers ein. Von diesem Augenblicke an haftet er für jeden durch sein Verschulden entstandenen Schaden. Den Umfang seiner Haftung bestimmt das bürgerliche Gesetzbuch[3]), wonach er Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu

[1]) cf. CPO §§ 429—431.
[2]) HGB § 98.
[3]) § 276.

vertreten hat; verschärft wird er noch durch das Erfordernis des § 347 HGB, der ihm kraft seiner Eigenschaft als Kaufmann für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen auferlegt. Bedient er sich bei der Ausführung seines Vertrages anderer Personen, so hat er nach BGB § 278 deren Verschulden in gleichem Umfange wie eigenes zu vertreten.

Ein Verschulden tritt ein durch Verletzung der dem Handelsmäkler obliegenden Vertragspflichten.

In erster Linie hat der Handelsmäkler bei seiner Vermittelungstätigkeit die Interessen seines Auftraggebers nach Art der ganzen Sachlage nach besten Kräften zu vertreten[1]). Er muß stets nach seinen Weisungen handeln, ihn auf dem Laufenden erhalten, darf ihm Nichts verschweigen, was ihn vom Vertragsabschluß abhalten kann. Er hat für die Wichtigkeit und Vollständigkeit der von ihm mitgeteilten Vorschläge und Antworten einzustehen. Übermittelt er eine falsche Nachricht, so haftet er für das negative Vertragsinteresse, ohne jedoch auf die Erfüllung in Anspruch genommen werden zu können[2]).

Eine große Rolle spielt die Verschwiegenheitspflicht des Handelsmäklers; jedoch nicht nur bezüglich der Punkte, deren Geheimhaltung ihm die Partei ausdrücklich auferlegt hat, sondern ihm liegt auch in erster Linie die Beobachtung derjenigen geschäftlichen Verschwiegenheit ob, welche durch das Interesse der Parteien bedingt ist. Denn in dem Geheimnis liegt ja die Bedingung des Erfolges der meisten Handelsoperationen. Der anderen Partei gegenüber darf er soweit aus der Verschwiegenheit heraustreten, als die unparteiische Berück-

---

[1]) Lehmann-Ring I. 210; Düringer-Hachenburg I. 302.
[2]) BGB § 122,

sichtigung ihrer Interessen es erheischt[1]). Die Parteien können ihn auch von der Verschwiegenheitspflicht entbinden. Keinesfalls aber darf er sie zur Täuschung der Gegenpartei mißbrauchen.

Ebensowenig darf der Handelsmäkler sich durch das Bestreben, einen Geschäftsabschluß zu erzielen, zu wissentlich unwahren Behauptungen oder zu Zusagen oder Versprechungen hinreißen lassen, von deren Unrealisierbarkeit er im voraus schon überzeugt ist oder sein muß[2]).

Eine umstrittene Frage ist, ob der Handelsmäkler zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei verpflichtet ist. Doch es wäre unbillig, wenn man sie von ihm verlangen wollte. Sie würde seine Tätigkeit zu sehr erweitern. Er hat nur zu vermitteln. Die Zahlungsfähigkeit ist aber Moment der Erfüllung und nicht des Abschlusses des zu vermittelnden Geschäftes. Daher hat er auch nicht für sie einzustehen, vielmehr muß sich der Auftraggeber über sie erkundigen. Doch ist der Handelsmäkler gehalten, die ihm bekannte Tatsache der Zahlungsunfähigkeit dem Auftraggeber mitzuteilen, und ist zur Erkundigung verpflichtet, wenn der Auftraggeber ausdrücklich nur mit einer zahlungsfähigen Partei abschließen will. Von der Prüfung der Ware oder Probe gilt dasselbe.

Bestritten ist ebenfalls die Frage, ob der Handelsmäkler infolge seiner objektiven Stellung den Parteien gegenüber ohne Verletzung seiner Sorgfaltspflicht von beiden Parteien Aufträge annehmen könne[3]). Die Praxis bejaht sie mit Recht, denn keineswegs brauchen stets

---

[1]) Riesenfeld bei Gruchot 37, S. 277.

[2]) Seufferts Archiv 47, Nr. 106; Düringer-Hachenburg I. 302.

[3]) ROHG 7, S. 90.

kollidierende Interessen der Parteien vorzuliegen. Doch wird er sich stets hüten müssen, die Interessen einer Partei zu verfolgen. In eine Interessenkollision kann der Mäkler nur kommen, wenn er, ohne den Beteiligten davon Mitteilung zu machen, sich von beiden Parteien eine besondere Provision versprechen läßt; wenn er sich bei einer der Parteien heimlich beteiligt oder ihr den Gegenstand weiter abnimmt; wenn er überhaupt einen Auftrag übernimmt, der mit dem ersten übernommenen Auftrag in Kollision gerät[1]). Dies letztere ist der im § 654 BGB geregelte Fall. Der Anspruch auf den Mäklerlohn ist ausgeschlossen, wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den andern Teil tätig geworden ist. Diese Bestimmung findet daher auch für den Handelsmäkler entsprechende Anwendung[2]).

Von der Regel, daß der Handelsmäkler jeder der beiden Parteien haftet, können die Parteien durch die ausdrückliche Abrede eine Ausnahme begründen, daß der Handelsmäkler im gegebenen Falle nur für die eine Partei tätig sein solle, wofür er den Beweis erbringen muß. Dieser Ausnahmefall liegt jedoch dann nicht vor, wenn nach der Abrede nur ein Teil den Lohn bezahlt[3]).

b) Aufbewahrung der Probe.

§ 11.

Die Voraussetzungen für die Aufbewahrungspflicht des Handelsmäklers bestehen darin, daß ein Kauf nach Probe im Sinne des BGB § 494 vom Handelsmäkler vermittelt und die Probe ihm von den Parteien übergeben worden ist. Zwar ist er nicht verpflichtet, dafür zu sorgen, daß er in den Besitz der Probe gelangt, es

[1]) Lehman-Ring I. 211.
[2]) Düringer-Hachenburg I. 287.
[3]) Düringer-Hachenburg I. 302.

ist vielmehr Sache der Parteien, ihm diese zu übergeben. Doch ist es seine Pflicht, die Parteien an die Übergabe zu erinnern[1]).

Von einer Aufbewahrungspflicht, weil die Vermittlertätigkeit nicht auf dieses Geschäft gerichtet ist, kann dann nicht die Rede sein, wenn die Parteien den von ihm als reinen Kauf vermittelten Vertrag ohne sein Wissen als Kauf nach Probe verabredet haben[2]).

Doch besteht die Aufbewahrungspflicht nur, sofern nicht der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware davon entbindet, oder die Parteien sie erlassen. Befreit von ihr wird er schon dann, wenn der Käufer die Probe zwecks teilweiser Erfüllung angenommen hat.

Daß er die ganze Probe aufbewahre, ist nicht erforderlich; es genügt auch ein Teil derselben, nur muß dieser eine Wiedererkennung gestatten[3]). Doch ist nötig, daß gerade die Probe aufbewahrt werde, auf Grund deren gekauft worden ist, damit für etwaige entstehenden Differenzen die Identität der Probe, die durch ein Zeichen kenntlich zu machen ist, als eines Beweismittels gesichert ist. Eine andere spätere Probe kann der Mäkler nur mit Zustimmung beider Parteien an Stelle der ersten setzen. Diese Tatsache muß dann der Handelsmäkler in sein Tagebuch eintragen[4]).

Während der Dauer der Aufbewahrung haben die Parteien jederzeit nach den Vorschriften über Vorlegung von Sachen das Besichtigungsrecht[5]).

Eine bestimmte Dauer für die Aufbewahrungspflicht schreibt das Gesetz nicht vor. Sie endigt mit dem Zeit-

---

[1]) Staub I. 405; Goldmann S. 451; Düringer-Hachenburg S. 299.

[2]) Lehmann-Ring S. 209.

[3]) Prot. S. 972, 973.

[4]) Goldmann I. 451.

[5]) BGB §§ 809, 811.

punkt, wo ein Streit über die Beschaffenheit der Ware nicht mehr anzunehmen ist; sei es, daß die Ware ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen wird, d. h. durch Genehmigung der Ware, die sich durch ausdrückliche Erklärung, vorbehaltlose Annahme oder Unterlassen der Rüge offenbaren kann, oder daß das Geschäft in anderer Weise erledigt wird, sei es durch Vergleich, Verjährung oder nachträgliche Rückgängigmachung.

Stets hat sich der Handelsmäkler gewissenhaft bei beiden Parteien zu erkundigen, wenn das Geschäft endgültig erledigt ist, und sich nicht auf die Aussagen einer Partei zu verlassen.

Wie der Mäkler nach Erledigung seiner Aufbewahrungspflicht mit der Probe zu verfahren hat, darüber bestimmt das Gesetz nichts. Er wird daher, da er kein Eigentum daran erworben hat, die Probe derjenigen Partei zurückgeben, von der er sie erhalten hat, oder sich zur Vernichtung der Probe vielleicht ermächtigen lassen[1]).

c) Die Schlußnote.

§ 12.

Rechtlich ist die Schlußnote lediglich Beweisurkunde. Die Parteien sichern sich darin Beweismittel für den Geschäftsabschluß. Ihr wesentlicher Zweck liegt in ihrer Beweiskraft. Sie ist eine Privaturkunde, vom Handelsmäkler unterzeichnet, die nach CPO § 416 formellen Beweis dafür liefert, daß die in ihr enthaltene Erklärung vom Handelsmäkler herrührt. Sache der freien richterlichen Beweiswürdigung ist es, welche materielle Beweiskraft, die sich nach den allgemeinen Grundsätzen bestimmt, er ihr beilegen will; erhöht wird die Beweis-

[1]) BGB § 675, 667.

kraft, wenn die Eintragungen im Tagebuche mit der Schlußnote übereinstimmen und der Handelsmäkler im Allgemeinen als bewährt gilt. Werden die Schlußnoten noch außerdem von den Parteien unterschrieben, so wird die Beweiskraft der Schlußnote noch mehr verstärkt; formell, daß die Parteien die darin abgegebenen Erklärungen auch abgegeben haben, materiell, daß die Parteien anerkennen, das Geschäft so abgeschlossen zu haben, wie es in den Schlußnoten bezeichnet ist. Da jedoch die Gesamtumstände in Betracht zu ziehen sind, ist hier auch noch Gegenbeweis möglich[1]). Der Beweis liegt der die richtige Beurkundung bestreitenden Partei ob.

Die Schlußnote enthält lediglich Beweismaterial, während es für die Gültigkeit des Geschäfts grundsätzlich belanglos ist, ob eine Zustellung, Annahme oder Unterschrift der Schlußnoten erfolgt. Die Weigerung einer Partei, die Unterschrift der Schlußnote anzunehmen, berührt das zustande gekommene Geschäft keineswegs; ebenso sind nach Annahme der Schlußnoten die Parteien jederzeit berechtigt, Einreden gegen die Gültigkeit des Geschäfts vorzubringen. Aus der vorbehaltlosen Annahme der Schlußnote wird aber stets die tatsächliche, doch keineswegs gesetzliche Vermutung zu folgern sein, daß die Partei den Inhalt der Schlußnote und den Geschäftsabschluß genehmige. Ja, die Parteien können durch die vorbehaltlose Annahme der Schlußnote sogar ihre Zustimmung zum Geschäfte geben, wenn sie wissen, daß diese von der mündlichen Vereinbarung nichts Abweichendes enthält[2]), wie sie überhaupt die Abrede treffen können, daß das Geschäft erst durch Zustellung oder Unterschrift rechtsgültig werde. In diesem Falle kommen die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches § 125

[1]) ROHG 10, 306.
[2]) ROHG 13, Nr. 98.

S. 2 zur Anwendung und wird die Gültigkeit von der Unterschrift abhängig gemacht[1]). Unter Umständen kann dann in der vorbehaltlosen Annahme der Schlußnote eine nachträgliche Genehmigung des Geschäftsabschlusses liegen, vor allem dann, wenn der Handelsmäkler vor Abschluß des Geschäfts die Schlußnote zugestellt hat, was anzunehmen ist, wenn das vorangegangene Verhalten der Parteien zweideutig war und zu Zweifeln Anlaß bot.

Der Inhalt der Schlußnote muß die Bezeichnung der Parteien, des Gegenstandes und der Bedingungen des Geschäfts, insbesondere bei Verkäufen von Waren oder Wertpapieren deren Gattung und Menge, sowie den Preis und die Zeit der Lieferung enthalten[2]). Er stimmt mit dem des Tagebuches überein. Doch können die Parteien den Handelsmäkler von der Pflicht entbinden, alle diese Bestandteile in die Schlußnote aufzunehmen[3]). Eine besondere Vorschrift stellt das Gesetz in § 94 Abs. 2 für Geschäfte auf, die nicht sofort erfüllt werden sollen. Bei diesen Zeit- oder suspensiv bedingten Geschäften ist die Schlußnote den Parteien zu ihrer Unterschrift zuzustellen und jeder Partei die von der anderen unterschriebene Schlußnote auszuhändigen. Auch hier hat der Mäkler, wenn eine Partei die Unterschrift verweigert, unverzüglich die andere Partei davon in Kenntnis zu setzen und macht sich im Unterlassungsfalle schadenersatzpflichtig. Durch die Namensunterschrift soll späteren Streitigkeiten zwischen den Parteien über den Inhalt der Schlußnote vorgebeugt werden, indem sie schon jetzt durch Unterzeichnung derselben gewissermaßen den Inhalt als richtig anerkennen.

---

[1]) BGB §§ 126, 127.
[2]) HGB § 94.
[3]) a. M. Makower I. 158.

Die Zeit des Abschlusses anzugeben, ist nicht erforderlich, doch ist es empfehlenswert. Auf Verlangen der Parteien hat der Handelsmäkler auch die Zeit näher anzugeben. Wann das Geschäft abgeschlossen ist, ergibt sich aus dem Datum der Unterschrift. Haben die Parteien schon wiederholt unter gleichen Bedingungen abgeschlossen, so kann der Mäkler mit Zustimmung beider Parteien schreiben: „zu früheren Konditionen", „gehabte Konditionen" [1]).

Die Zustellung hat unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung nach Abschluß des Geschäfts zu geschehen, das abgeschlossen ist, sobald es für beide Parteien bindend geworden ist. Doch darf sie nicht zu zeitig erfolgen, da auch verfrühte Zustellung zum Schadensersatz verpflichtet[2]). Im Börsenverkehr ist es üblich, daß die Schlußnoten nach dem Schluß der Börse, also nachmittags, zugestellt werden.

Der Handelsmäkler, — abgesehen vom Kleinmäkler[3]), — hat die Pflicht, den Parteien die Schlußnoten zuzustellen. Der Ausdruck „zustellen" ist hier nicht im Sinne des Prozeßgesetzes gebraucht, sondern bedeutet nur „übermitteln". Es genügt nur die formlose Aushändigung. Jede Partei hat einen Anspruch auf eine Schlußnote; doch wird der Handelsmäkler frei von der Zustellungspflicht, wenn die Parteien, d. h. beide gemeinsam[4]), nicht eine allein, ihm dies erlassen, oder der Ortsgebrauch, d. h. die lokale Verkehrssitte mit Rücksicht auf die Gattung der Ware ihn davon entbindet. Verzichtet eine Partei auf die Zustellung, so wird er dennoch nicht

---

[1]) Staub I. 401; Düringer-Hachenburg I. 291; a. M. Jakusiel II. 19.

[2]) RG 34; 576, 577.

[3]) § 104.

[4]) a. M. Makower I. 158; Düringer-Hachenburg I. 291.

durch diesen Verzicht von der Verpflichtung zur Zustellung befreit; er muß ihr dennoch zustellen. Stellt er nicht zu und es entsteht dadurch ein Schaden, so haftet er für diesen. Allerdings steht jeder Partei das Recht zu, die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote zu verweigern. Der Handelsmäkler hat dann in diesem Falle der anderen Partei unverzüglich davon Anzeige zu erstatten, deren Unterlassung ihn schadensersatzpflichtig macht.

d) Die Schlußnote an Aufgabe.

§ 13.

Von der im vorhergehenden Paragraphen behandelten, nach Abschluß des Vertrags ausgestellten Schlußnote unterscheidet sich wesentlich die sogenannte Schlußnote „an Aufgabe", oder „Aufgabe vorbehalten" oder „vorbehaltlich der Aufgabe", in der der Gegenkontrahent noch garnicht genannt ist, sondern der Handelsmäkler ihn später zu benennen sich vorbehält.

Verpflichtet zur Annahme einer Schlußnote mit Vorbehalt der Aufgabe des Gegenkontrahenten ist die Partei nicht. Sie tut dies vielmehr freiwillig und ist zur Annahmeverweigerung berechtigt, denn sie kann stets Angabe des Gegenkontrahenten in der Schlußnote verlangen, da dieser von ihr angenommen sein muß. Doch kann sie sich von vornherein zur Annahme einer solchen Schlußnote bereit erklären, so dann, wenn sie an den Mäkler selbst eine Schlußnote an Aufgabe gerichtet hat[1]). Weist sie die Schlußnote nicht unverzüglich zurück, sondern nimmt sie an, so ist sie, abgesehen von einigen weiter unten zu behandelnden Einwendungen und eine infolge der dispositiven Natur des § 95 abweichende Vereinbarung ausgenommen, durch die Annahme der

[1]) RG 24. 70.

Schlußnote an Aufgabe verpflichtet, die später zu bezeichnende Gegenpartei anzunehmen, während der Mäkler durch die Hingabe die Garantie für das Zustandekommen des Geschäfts übernimmt, woraus die Befugnis der Parteien entspringt, ihn selbst auf die Erfüllung in Anspruch zu nehmen.

Über die juristische Konstruktion gehen die Ansichten sehr auseinander.

Das Reichsgericht neigt der Auffassung zu, daß durch die Annahme der Schlußnote an Aufgabe die annehmende Partei dem Mäkler eine Vollmacht erteile, in ihrem Namen das Geschäft mit dem künftigen Gegenkontrahenten abzuschließen. Dieser würde also durch den Abschluß mit dem Mäkler einen unmittelbaren Anspruch gegen die erste Partei erwerben. Diese weitgehende Befugnis widerstreitet aber dem Grundbegriff des Mäklers als eines Vermittlers.

Die zweite Auffassung betrachtet den Mäkler lediglich als Boten, was jedoch auch nicht dem Begriff des Mäklers entspricht. Nach dieser ist der Abschluß nur ein bedingter, da die Partei berechtigt ist, einen Gegenkontrahenten, gegen den begründete Einwendungen vorliegen, abzulehnen.

Durch die Annahme der Schlußnote mit Vorbehalt der Aufgabe des Gegenkontrahenten entsteht zwischen dem Mäkler und dem Annehmenden ein rein inneres Verhältnis. Nur dem Mäkler, nicht dem Gegenkontrahenten wird der Annehmende verpflichtet, allerdings nur vorläufig, da er frei wird, wenn nicht innerhalb der gesetzlichen Frist ihm vom Mäkler ein einwandfreier Gegenkontrahent bezeichnet wird. Der Gegenkontrahent selbst steht zum Annehmenden in keinem Verhältnis, hat daher gegen ihn auch keinen Anspruch, der ihm vielmehr gegen den Mäkler zusteht, wenn der Vertragsabschluß mit ihm grundlos abgelehnt wird. Daraus

ergibt sich auch, daß Einwendungen des Annehmenden gegen den Gegenkontrahenten dem Mäkler gegenüber zu erheben sind. Seine Verpflichtungen gegenüber dem Mäkler kann der Auftraggeber erweitern oder einschränken. So kann er sich verpflichten, jede von ihm benannte Person anzunehmen oder die Frist seiner Gebundenheit weiter zu erstrecken als das Gesetz ihm auferlegt. Andrerseits kann er sich weitere als im Gesetz genannte Vorbehalte ausbedingen[1]). So kann er sich freie Rückweisung vorbehalten und bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich des Dritten aufstellen, z. B. eine bestimmte Person nicht acceptieren zu wollen. Benennt der Mäkler sie dennoch, so kann er sie ohne jede Begründung zurückweisen.

Frei von der Gebundenheit wird der Annehmende dann, wenn begründete Einwendungen gegen den Dritten, die er im Interesse des Mäklers unverzüglich nach der Bezeichnung zu erheben hat, vorliegen. Er hat dann das Recht ihn abzulehnen. Besonders häufig wird der Fall mangelnder Zahlungsfähigkeit sein. Doch hört sie auf ein Mangel zu sein, wenn der Dritte genügend Deckung gewährt oder einen Bürgen stellt. Dasselbe gilt, wenn der nachträglich Benannte als unredlich oder Schikaneur bekannt ist oder mit dem Annehmenden in persönlicher Feindschaft steht[2]).

Doch die Gebundenheit erstreckt sich ebenso auf den Mäkler. Rechtzeitig muß er der Partei einen einwandfreien Kontrahenten zuführen, denn er hat innerhalb der ortsüblichen Frist, in Ermangelung einer solchen innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist die Gegenpartei zu bezeichnen. Wie die Bezeichnung des Dritten durch den Mäkler erfolgt, ist gleichgültig.

---

[1]) RG 33, 133; 35, 106.
[2]) RG 24. 66—70.

Dieser kann sich auch selbst als den vom Mäkler Bezeichneten vorstellen, doch wird die annehmende Partei vorsichtshalber sich von ihm beweisen lassen, daß er der Bezeichnete wirklich ist. Die Frist beginnt mit dem Moment der Annahme, wobei den Nachweis der Rechtzeitigkeit der Mäkler zu führen hat. Einer Mahnung an den Mäkler bedarf es nicht. Ist die Frist ohne Bezeichnung einer Gegenpartei verstrichen, so ist die Partei befugt, den Mäkler auf die Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen nur unter den in der Schlußnote bezeichneten Bedingungen. Ein Recht zum Selbsteintritt hat er nicht. Dafür entfällt seine Haftung für Schadensersatz. Doch ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn sich die Partei auf die Aufforderung des Mäklers nicht unverzüglich darüber erklärt, ob sie Erfüllung verlange. Eine Frist für die Aufforderung des Mäklers ist nicht gestellt; ebenso ist keine Form dafür vorgeschrieben.

Da alle Vorschriften des § 95 dispositiver Natur sind, kann schon bei Zustellung der Schlußnote vereinbart werden, daß der Mäkler nicht auf Erfüllung in Anspruch genommen werden dürfe. Doch sind die Vorschriften des § 95 auch auf den Fall auszudehnen, wo der Mäkler keine Schlußnote ausstellt, sondern mündlich mit dem Auftraggeber eine Vereinbarung trifft.

V.

Rechte des Handelsmäklers.

1. Der Mäklerlohn.

§ 14.

Der Ausdruck „Mäklerlohn“ ist dem bürgerlichen Gesetzbuch entnommen; im Handelsverkehr ist statt dessen die Bezeichnung Provision, Courtage oder Sensarie üblich.

Die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohnes ist

die einzige, die der Auftraggeber dem Mäkler gegenüber im Mäklervertrage übernimmt. Ob die Voraussetzungen des Anspruchs auf Mäklerlohn erfüllt sind, entscheidet nicht das Handelsgesetzbuch, sondern im Allgemeinen das bürgerliche Recht. Der Anspruch ist begründet, wenn der beabsichtigte Erfolg, der Geschäftsabschluß, durch Vermittelung des Mäklers, die den Parteien bewußt sein muß, rechtswirksam eingetreten ist, und der Mäkler den ihm aus dem Vertrage obliegenden Verpflichtungen nachgekommen ist.

Erforderlich ist also, daß der Vertrag zustande gekommen ist. Die bloßen Bemühungen geben dem Mäkler noch keinen Anspruch auf den Mäklerlohn, außer wenn die Parteien ihm im Vertrage einen solchen besonders zugesichert haben. Es muß also ein Erfolg vorliegen und zwar der beabsichtigte. Eine unerhebliche Abweichung läßt den Anspruch bestehen, wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches im Wesentlichen gelungen und der Zweck desselben erreicht ist.

Doch muß der Vertrag rechtswirksam zustande gekommen sein[1]). Es muß also die durch Gesetz oder Abrede bestimmte Form des Vertrags gewahrt werden, widrigenfalls der Vertrag nichtig ist und daher als rechtlich nicht vorhanden gilt[2]). Das Gleiche gilt von den anfechtbaren Rechtsgeschäften. Ist der Vertrag anfechtbar, so besteht Anspruch auf Mäklerlohn solange, als die Anfechtung nicht erfolgt[3]). Wird es von dem Anfechtungsberechtigten angefochten, so ist das Geschäft als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Parteien können den Mäklerlohn verweigern. Ist er bereits gezahlt, so können sie ihn nach den Grundsätzen der ungerecht-

---

[1]) Motive z. Entwurfe des BGB II. S. 513.
[2]) RG 25, 320; 29. 232.
[3]) BGB § 142.

fertigten Bereicherung zurückfordern. [1]) Natürlich können die Parteien auch auf ihr Anfechtungsrecht verzichten.

Die Wirkung des unter einer Bedingung vermittelten Vertrags auf die Zahlung des Mäklerlohnes hängt von der Art derselben ab. Ist der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden, so tritt der Anspruch des Mäklers erst mit dem Eintritt der Bedingung ein[2]). Anders ist es, wenn der Abschluß unter einer auflösenden Bedingung erfolgt war. Hier tritt die Wirkung des Vertrags sofort ein. Der Auftraggeber hat daher beim Abschluß des auflösend bedingten Geschäfts tatsächlich eine Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung, die jedoch, wenn nachträglich die auflösende Bedingung eintritt, wegfällt, sodaß, wenn die Provision noch nicht gezahlt ist, eine Einrede gegenüber der Klage des Mäklers gegeben ist, während die bereits gezahlte Provision kondiziert werden kann[3]).

Ob das Geschäft auch wirklich ausgeführt wird, ist für den Mäkler irrelevant, außer wenn im Mäklervertrag die Zahlung der Provision von der Erfüllung des vermittelten Vertrages abhängig gemacht wird. Der Mäkler hat das Recht auf Provision, auch wenn nach erfolgtem Abschluß, aber vor erfolgter Erfüllung die Parteien aus irgend einem Grunde den Vertrag aufheben. Denn nur der Abschluß, nicht Erfüllung des Geschäfts ist Existenzbedingung des Provisionsanspruches. Dieser ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Parteien rücksichtlich eines Verschuldens des Mäklers, z. B. der Gegner ist zahlungsunfähig, zurücktreten. Eine Ausnahmestellung nimmt die Vermittelung eines Darlehns ein. Hier kann die Provision

---

[1]) BGB § 812.
[2]) BGB § 652 Abs. 1.
[3]) BGB § 158 Abs. 2.

erst gefordert werden mit dem tatsächlichen Hingeben des Darlehns, nicht schon mit dem Abschluß des pactum de mutuo dando[1]).

Ferner muß der Vertrag infolge der Vermittelung des Mäklers zustande gekommen sein. Der Umfang dieser Tätigkeit kann ein sehr verschiedener sein, nur muß sie in ursächlichem Zusammenhang mit dem Abschlusse des Vertrages stehen, doch niemals erstreckt sie sich soweit, daß sie im Abschließen des Vertrags selbst besteht. Der Provisionsanspruch des Mäklers besteht auch dann noch fort, wenn die Parteien nach arglistiger Kündigung des Mäklers, um die Provision zu ersparen, ihn umgehen und den von ihm vorbereiteten Vertrag abschließen wollen. Er hat dann einen Schadensersatzanspruch gegen die Parteien[2]). Voraussetzung für den Provisionsanspruch ist ebenfalls die Kenntnis der Parteien von der Vermittlertätigkeit des Mäklers oder eines Substituten desselben, weil für ihre Entschließungen die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Zahlung der Provision von Bedeutung ist[3]). Pflicht des Mäklers ist es aber, sie von seiner Tätigkeit in Kenntnis zu setzen.

Ebenso hat der Mäkler den aus dem Vertrage resultierenden Verpflichtungen nachzukommen, die sich vor allem auf die oben § 10 behandelte Sorgfaltspflicht erstrecken. Solange er diesen nicht vollständig nachgekommen ist, steht ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen[4]). Ist er also entgegen der Verabredung auch für den anderen Teil tätig gewesen, so erlischt sein Anspruch auf Provision, außer wenn der Auftraggeber wußte, daß der Mäkler von der Gegenpartei beauftragt war und von ihr Provision erhielt, trotzdem aber selbst

[1]) BGB § 610; RG 39, 231.
[2]) BGB §§ 823, 826; ROHG 11 Nr. 66.
[3]) RG 31, Nr. 65.
[4]) BGB § 320 S. 1.

ihm wiederum Provision verspricht. Er muß also auch die Schlußnoten zugestellt haben, ehe er Provision fordern kann, denn er hat vorzuleisten.

Über die Höhe der Provision entscheidet, wenn nicht Parteiabreden getroffen sind, bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn[1]).

Gewöhnlich wird ein gewisser Prozentsatz des zu erlangenden Kaufpreises genommen, wenn es sich um einen Warenumsatz handelt. In anderen Fällen wird von vornherein eine bestimmte Summe versprochen. Bei einem unverhältnismäßig hohen Lohne tritt, wenn es sich um die Vermittelung eines Dienstvertrages handelt, das freie richterliche Ermäßigungsrecht ein, was jedoch nach Entrichtung des Lohnes ausgeschlossen ist[2]). Weiß jedoch der Auftraggeber, daß er es mit einem Handelsmäkler zu tun hat, so kann dieser, da er begriffsmäßig Vermittelungen als Handelsgewerbe betreibt, auch ohne Verabredung Provision fordern[3]).

Über die Zahlung der Provision bestimmt das Gesetz, daß dem Mäkler in Ermangelung von Parteivereinbarungen und eines abweichenden Ortsgebrauchs gegen jede Partei ein Anspruch in Höhe der Hälfte zusteht, und zwar unmittelbar gegen beide, ohne daß er jedoch, wenn eine Partei zahlungsunfähig ist, für diesen Ausfall die andre Partei haftbar machen kann. Sind hingegen auf einer Seite mehrere Personen, so haften diese als Gesamtschuldner. Zu beiden Parteien braucht der Mäkler nicht in vertraglichen Beziehungen zu stehen, sondern er kann nur zu einer Partei in einem vertraglichen Verhältnis stehen und hat dann nur gegen sie seinen Pro-

[1]) BGB § 653. Abs. 2.
[2]) BGB § 655.
[3]) HGB § 354.

visionsanspruch. Tritt der Mäkler als Selbstkontrahent ein, so ist er Provision zu fordern berechtigt — denn er hat ja einen Vertrag vermittelt —, und zwar die ganze[1]). Denn § 99 kann deshalb nicht in Betracht kommen, da der Mäkler nach diesem mit beiden Parteien Mäklerverträge abgeschlossen hat, während er als Selbstkontrahent nur mit einer den Vertrag eingegangen ist.

Die Provisionsansprüche des Mäklers verjähren in zwei Jahren, und soweit eine Partei seine Tätigkeit in ihrem Gewerbebetriebe beansprucht hat, in vier Jahren[2]). Daher kann die Verjährung gegen beide Teile in verschiedener Frist ablaufen[3]). Beide Verjährungen beginnen am Schluße des Jahres, in welchem die Ansprüche fällig werden[4]).

2. Auslagen.

§ 15.

Das Handelsgewerbe des Mäklers bringt es mit sich, daß seine Vermittelungstätigkeit größere Aufwendungen, z. B. für Reisen u. s. w. erfordert.

Das Handelsgesetzbuch enthält Nichts darüber, ob er Ersatz für seine Auslagen verlangen kann; vielmehr bestimmt das bürgerliche Gesetzbuch § 652 Abs. 2: „Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zu Stande kommt". Der Mäkler hat also an sich regelmäßig kein Recht, Ersatz für die ihm gewordenen Aufwendungen zu fordern. Dieselben sind vielmehr als ein Bestandteil der ihm obliegenden Tätigkeit anzusehen und ihm deshalb grundsätzlich nicht zu ersetzen, ganz

---

[1]) a. M. Lehmann-Ring I. 212.
[2]) BGB § 196, Nr. 1 und Abs. 2.
[3]) Staub I. 407 Düringer-Hachenburg I. 286.
[4]) BGB § 201.

gleichgültig, ob der Vertrag durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist oder nicht. Seine Stellung ist also ungünstiger als die des Handlungsagenten, da wenigstens dessen außerordentliche Ausgaben der Geschäftsherr tragen muß[1]). Doch kann sich der Mäkler durch Vereinbarung die Erstattung der Auslagen sichern. Er wird daher denn auch meist die Mäklerverträge mit der Klausel abschließen, daß ihm die Auslagen zu ersetzen seien und zwar auch dann, wenn der von ihm vermittelte Vertrag nicht zum Abschluß gelange. Aus dieser Vereinbarung wird auch meist hervorgehen, ob der Mäkler Ersatz seiner Auslagen zu gleicher Zeit mit dem Mäklerlohn oder schon früher beanspruchen kann. Doch sind auf jeden Fall die Auslagen von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen[2]). Ebenso kann er, wenn er zum Zwecke der Vermittelung eine Verbindlichkeit eingegangen ist, Befreiung von dieser Verbindlichkeit, ist sie noch nicht fällig, Sicherheitsleistung verlangen[3]).

VI.

Der Krämermäkler.

§ 16.

Eine Sonderstellung nimmt der Krämermäkler ein. HGB § 104 bestimmt über ihn: „Auf Personen, welche die Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehre besorgen, finden die Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher keine Anwendung". Er ist ebenfalls Kaufmann kraft seines Gewerbes, und auf ihn finden alle Vorschriften, die für den Handelsmäkler gelten, mit Ausnahme der über Schlußnoten und Tagebücher, Anwendung.

---

[1]) HGB § 90.
[2]) BGB § 256.
[3]) BGB § 257.

Ob der Krämermäkler Voll- oder Minderkaufmann ist, bestimmt sich lediglich nach dem Umfang seiner eigenen geschäftlichen Tätigkeit, nicht nach dem Charakter der von ihm vermittelten Geschäfte. So ist er Vollkaufmann, solange sein Gewerbebetrieb über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht. Er hat dann auch alle Rechte und Pflichten eines solchen. Beschäftigt er sich dabei mit Kleinverkehrsgeschäften, so muß er nur Handelsbücher, aber kein Tagebuch führen, und ist auch von der Ausstellung der Schlußnoten befreit; doch tritt die Verpflichtung zur Führung des Tagebuches, und zur Ausstellung der Schlußnoten ein, wenn er sich mit Großverkehrsgeschäften befaßt.

Minderkaufmann ist er, solange sein Betrieb über den Umfang des Kleinbetriebes nicht hinausgeht. Beschäftigt er sich mit Großverkehrsgeschäften, so hat er Schlußnoten auszustellen und nur ein Tagebuch, aber keine Handelsbücher zu führen; während, wenn er sich mit Kleinverkehrsgeschäften befaßt, er weder Tagebuch noch Handelsbücher zu führen noch Schlußnoten auszustellen hat.